

Diss. 837 (17.)

**DISSERTATIO INAUGURALIS
DE FURTO TERTIO.**

**QUAM
PRAEVIQ EXAMINE
PRO SUMMIS IN UTROQUE IURE
HONORIBUS**

RITE ADIPISCENDIS

EDIDIT

AUCTOR

**FRANC. ARN. SCHUBACK
HAMBURGENSIS.**

KILIAE

TYPIS C. F. MOHRIL

1828.

Imprimatur.

Rud. Brinkmann, D.

h. t. Dec. facult. jurid. Kiliensis.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

DUUMVIRIS
DOCTRINAE ET MERITORUM
LAUDE PRAESTANTISSIMIS,
ANTECESSORIBUS CONSULTISSIMIS,
N. FALCKIO,
IUR. UTR. ET PHILOS. D. ILLIUSQUE PR. P. O.
COLLEGII IURIDICI ORDINARIO,
DANEBROGICI ORDINIS EQUITI AURATO,
SOCIET. QUIBUSDAM LITERARUM ADSCRIPTO,

G. C. BURCHARDIO,
IUR. UTR. D. ET PR. P. O.,
COLLEGII IURIDICI ASSESSORI;

PRAECEPTORIBUS SUIS ATQUE FAUTORIBUS

MAXIMOPERE VENERANDIS,

HOC QUALECUNQUE STUDIORUM SUORUM

SPECIMEN,

GRATISSIMI IN PERPETUUM ANIMI

SIGNIFICANDI CAUSA,

OMNI QUA PAR EST REVERENTIA

D. D. D.

AUCTOR.

C o n s p e c t u s.

Prooemium.

Scriptores de furto tertio.

Cap. I. *De furti tertii notione.*

- §. 1. De furti tertii notione ante C. C. C. scriptam solita.
- §. 2. De furti tertii notione a *Carolo V.* proposita.
- §. 3. De eo, quod in dubio versatur in C. C. art. 162. explicando.
- §. 4. A. Furem manifestum esse necessarium videtur.
- §. 5. B. Requiritur altera furti iteratio.
- §. 6. De differentia iterati furti et continuati.
- §. 7. C. De necessaria priorum quoque furtorum probatione.
- §. 8. D. Quaeritur, an reus propter furtum jam punitus esse debeat.
- §. 9. Sunt Icti, qui necesse ducant, ut reus propter furtum nendum sit punitus.
- §. 10. Ex aliorum sententia, utrum fur antea punitus sit necne, nihil interest.
- §. 11. Nonnulli deinde furem semel saltem punitum esse volunt.
- §. 12. Plurimi denique postulant, ut fur bis jam sit punitus.
- §. 13. Sententia eorum, qui priores poenas requirunt, refutata.
- §. 14. Aliae rationes, poenas priores non necessarias esse persuadentes.

§. 15. E. Furta extra judicis inquisitionem, imo in terris exteris, commissa merito computantur.

§. 16. F. Idem valet de furtis iis, quorum poenae reo erant remissae.

§. 17. G. Necnon de iis, quorum poenis fuga elapsus erat reus.

§. 18. H. Nil differt, priora furta jam sint praescripta necne.

§. 19. I. Quaeritur, an pretium rerum tribus furtis ablatarum magni furti summam explere debeat.

§. 20. Negantis sententiae rationes.

§. 21. Definitio furti tertii.

Cap. II. *De furti tertii poena.*

§. 1. De furti tertii poena in Romanorum legibus haud praescripta.

§. 2. De furti tertii puniendi modis ex jure Germanico Ante-Carolino.

§. 3. De Carolina poena capitali ejusque causis.

§. 4. De recentioribus furti tertii puniendi modis.

§. 5. Leges quaedam Germanorum recentissimi temporis de furto tertio.

§. 6. De ea, quae aequissima videtur, furti tertii poena.

Proœmium.

Eum, qui crimen commissum nec vere punitum iteraverit, graviore dignum esso poena, quam qui semel tantum leges violarit, apparet; hic enim, ut bis eadem poena afficiatur, meretur. Sed etiam is, qui ob crimen suum jam est mulctatus, merito, si iteraverit, graviorem, quam ordinariam hujus delicti, poenam sufferet. Ostendit enim iterando, priorem poenam non suffecisse ad emendandum eum, prohibendumque a delinquendo ¹). Siquidem reditus malefici ad meliora sine dubio, quam non sola, causa tamen poenae est, iudex, ut reipublicae fini in poenis statuendis satisfaciat, alia rei emendandi remedia, ac frustra adhibita, debet experiri. Quodsi quis propter criminis iterationem graviorem reipublicae dat poenam, haec non iterata prioris criminis mulctatio vocari potest; neque enim illud crimen punitur, sed iteratio con-

1) Cf. *Henke's Handb. d. Crim. R. Th. 1. S. 538.*

suetudoque delinquendi, quae destinata et pertinacem malitiam gravioribus poenis opprimendam arguit. Miram quidem opinionem *Gesterding* ²⁾ proponit, qui, punienda crimina universe numero debitorum habens reipublicae a malefico solvendorum, iterationem, cum iste poena prioris criminis sublata aes alienum luerit et alioquin idem crimen bis puniatur, non causam esse putat poenam intendendi. Sed nec prius crimen, nec poena prior, causam praebet, sed insolentia malefici erga legem violatam iteratione probata ³⁾. Sunt autem, qui iteratum quidem crimen severius mulietandum esse censeant, nec vero consuetudinem delinquendi, quae pro eorundem sententia mitigandae potius poenae causam praebere debeat ⁴⁾. Crimine enim saepius iterato, nimio impulsu maleficum cogi ajunt, ne amplius criminibus desistat seque invito delinquat; crimina ei ergo, libertate adeo coercita, non sicut aliis imputari posse. Iteratione autem maleficus ostendit, se omnem animi sensum

2) N. Archiv d. Crim. R. 5ter Bd. S. 479 ff.

3) Cf. *Henke* a. a. O. S. 539.

4) *Kleinschrodt's* systemat. Entwickl. d. Grundbegr. d. peinl. R. 3te Ausg. Th. I. S. 317 ff.

ad virtutem propensum oppressisse atque adeo majus a se periculum esse metendum ⁵⁾). Praeterea qua ex re intelligi poterit, utrum reus consuetudine invite perductus carensque libertate egerit, an tantae tamque destinatae malitiae sit, ut sua sponte patrare et omittere crimina possit? Quid? quod *Kleinschrot* ipse, maleficos criminibus assuetos judici esse attendendos civesque defendendos ab iis, confitetur. — Sed quia cujusvis criminis proprius animi impetus est, neque insolentia generatim adversus leges hic puniri potest, sed unius tantum ejusdemque legis violatio ⁶⁾), gravior poena tum denique, cum idem crimen est iteratum, adhiberi debet. Quodsi quis rem averterit, vel furtum usus commiserit vel possessionis vel rei repertae, deinde veri furti reus factus fuerit, hoc non iteratum furtum haberi poterit ⁷⁾).

5) Cf. *Tittmann's Handb. d. Strafrechtswiss.* 2te Aufl. Th. 1. §. 115.

6) Cf. *v. Schelhass* im N. Archiv d. Crim. R. Bd. 2. S. 598.

7) *v. Quistorp's Grunds. d. peinl. R.* 6te Aufl. §. 355. *G. J. F. Meisteri princ. jur. crim.* §. 212. not. b. ed. 6. *Tittmann a. a. O.* Th. 2. §. 428.

Cum autem omnium criminum furtum fere frequentissimum sit, de hoc ipso iterando praecipue loqui legum auctores, non est, quod miremur. Jam vero quaeritur, quid sit *furtum*. Alia ac apud nos ejus erat significatio apud Romanos, qui non solum fraudulentam rei alienae contrectationem lucri faciendi causa commissam intelligi volebant, sed usus etiam et possessionis ademptiones⁸⁾; quarum illa possessoris vel detentoris illicitum rei alienae usum significabat, nunc vero jam non ad furta pertinet; etenim si quis re, quae ad eum contractu pervenerit, invito domino usus fuerit, non furti poena tenebitur, sed contractu. Eodem modo furtum possessionis, quod is committebat, qui rem suam ab altero possessam animo lucri faciendi aufererat, nunc, quia nemo propriae rei furtum facere videtur, non est furtum. — Differt etiam Germanicum furtum a Romano, quod illud in clandestina rei alienae contrectatione constat, hoc autem rapinam quoque sive rei ademptionem vi personae adhibita factam conti-

8) l. 1. §. 3. D. de furtis 47, 2. §. 4. I. de obl. 9. ex del. 4, 1.

nebat sensu latiori; quanquam angustiori conveniebat cum notione Germanica ⁹).

Animadvertendum praeterea est, nos de simplici tantum furto esse locuturos; quare non peculatum solum omittemus, sed etiam furtum, quod vocant, periculosum, i. e. quod vel armis adhibendis committitur, vel effringendo, vel adscendendo.

Ut denique brevem verbi *fur* faciamus mentionem, etymologiae *Labeonis* a furvo et *Sabini* a fraude deducentis ea, quam *Paulus* ¹⁰) comprobat, praeferenda videtur. Origo enim illius verbi repetenda est sine dubio a ferendo sive auferendo, ut Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt ¹¹).

Sed, ut redeamus ad iterationem furti, de qua supra, denuo iterati furti seu tertium

9) l. 1. pr. D. de furtis 47, 2. Nov. 134. c. 13.

10) l. 1. pr. cit.

11) Alii idem, quod verbi *servus*, etymon esse contendunt; et dicuntur etiam servi a *Virgilio* (Ecl. 3, 16.) fures. Eodem modo Germanicum verbum *Dieb* ab initio servum significasse, ejusdemque originis, cujus verbum *dienen*, fuisse plurimi philologi dicunt. Verbum autem *stehlen* ab initio idem valuisse fertur ac facere quid tacite et clam; unde adhuc: sich wegstehlen; deducendum autem putat *Adelung* a clandestino: *st! still*.

patrati praecipue fit mentio; cujus rei ea causa esse videtur, quod pro vulgari Germanorum opinione id, quod ter factum, pro perfecto vel summo habetur; unde etiam paroemium illud: „Aller guten Dinge müssen drei seyn.“ Alia autem causa, si credas, ut tertium furtum adsit, priora furta punita esse oportere, in eo inest, quod *Carolus V*, qui iterationi huic capitis poenam statuerit, eam ipsam ob rem de ulteriore quam altera iteratione punienda loqui non potuit. Sed, licet priora furta nondum sint punita, quidam ^{1 2)} tamen, si quis quartum vel quintum commiserit furtum, ut poena capitalis intendatur, nullam rationem cogere putant; et nusquam in legibus severiorem inveniri quarti furti poenam, testatur *Carpzov* ^{1 3)}. Id quod jure quidem Electorali Saxonico confirmatur ^{1 4)}; nec vero recentiore jure Prusso, quod eum, qui, postquam furti tertii poenam sustulisset, de-

12) *J. S. F. de Böhmer*, meditatt. ad C. C. C. art. 162. §. 6.

13) *Pract. nova rerum crimin. parte 2. qu. 78. n. 84 sq.*

14) Cf. *G. C. Beyeri* (Praes. *Hommelio*) diss. de furto magno. Lips. 1747. p. 20 sq.

nuo furatus sit, in perpetuum ad ergastulum dari jubet ^{1 5}).

Scriptores de furto tertio.

Quanquam in magna librorum vi nonnulla hanc ad materiam pertinentia invenimus, tamen nullam fere dissertationem, quae eadem ac nostra contineret, cognovimus. Ad dissertationes enim, furtum tertium univ-erse tractantes, hae pertinent:

J. C. Cisii (Praes. *Reyhero*) diss. de furto denuo iterato. Kil. 1707.

C. F. Schorchii (Praes. *Wilkenio*) diss. de furto tertio. Erford. 1772.

F. X. P. Schuckii diss. de furto tertio. Jen. 1779.

Illius quidem libri interdum nobis occasio offeretur laudandi; hos duos autem inutiles nulliusque momenti esse testantur *Wächter* ^{1 6}) et *Grolman* ^{1 7}).

15) Preuss. Landrecht, Th. 2. Tit. 20. §. 1161 f.

16) Lehrbuch d. röm. deutschen Strafrechts. Th. 2. S. 309 ff.

17) v. Almendingen, *Grolman* und *Feuerbach's* Bibl. f. peincl. Rechtswiss. Bd. 2. St. 2. 1. 489 ff.

C a p u t p r i m u m.

De furti tertii notione.

§. 1.

*De furti tertii notione ante C. C. C.
scriptam solita.*

Furtum apud Romanos delictum privatum erat, cumque poena privata iterando furto non intenderetur, hujus iterationis nusquam facta est mentio; et quanquam posterioribus quidem temporibus extra ordinem puniebatur ¹⁸⁾, de iteratione tamen furti non agitur. Sed etiam, ut ad Germanos antiquiores transeamus, a *Carolo M.*, qui jam furtum tertium capitis poena mulctari volebat ^{18b)}, singulas, quas hic protulimus, controversias non videmus expositas, ne commemoratas quidem; is enim simpliciter capitis poenam ei, qui tertium commiserit furtum, statuit. Sed cum probationem solam trium furtorum diserte postulet, poenam hanc tum quoque, cum priorum furtorum nullum punitum sit, adhiberi vo-

18) Qua de re infra, cap. 2. §. 1.

18b) Cff. Leges Longobardorum in *Georgischii* corp. jur. German. antiqui, p. 1155. n. 85.

luisse videtur; id quod neque alia ejusdem Imperatoris lege ^{18 c)} refutari poterit, quae de „tertia culpa” loquitur et de latrone, i. e. fure ^{18 d)}, „non emendato” ^{18 e)}, nec vero priorum poenarum necessitatis mentionem facit. Item neque in constitutione Imp. *Friderici* ¹⁹⁾, quid sit furtum tertium, diserte descriptum est. Notissimi autem juris criminalis periti, qui ante *Carolus V.* vixerunt, *Albertus de Gandino* († a. 1300), *Bonifacius de Vitalinis* († a. 1389) et *Angelus Aretinus* (nat. sub a. 1400) ²⁰⁾, quaeestionem tractantes, an necesse sit, priorum furtorum neutrum esse punitum ²¹⁾, partim ²²⁾ annuentem opinionem rejiciunt, partim ²³⁾ probant. *Angelus* etiam eam sententiam ²⁴⁾ comprobat, quod furta ea,

18 c) Cf. *Georgisch* l. c. p. 1145. n. 44.

18 d) Cf. *Idem* l. c. p. 1155. n. 85.

18 e) Cf. cap. 2. §. 5.

19) *Feud.* II. 27. §. 8.

20) *Angeli Aretini de maleficiis tract.*, cui tract. *Alb. de Gandino* necnon *Bonifacii de Vitalinis* etc. subjecimus. Nova edit. Venet. 1598.

21) Cf. infra §. 9.

22) *Albertus* l. c. fol. 339 init. *Angelus* l. c. fol. 167 in fine.

23) *Bonifacius* l. c. fol. 444.

24) Cf. infra §. 16.

quorum poenae reo sint remissae, merito, ut tertium furtum adsit, possint annumerari ^{2 5}).

§. 2.

*De furti tertii notione a Carolo V.
proposita.*

Recentissima de furto tertio puniendo lex quae per totam Germaniam obtinet sola-
que igitur nobis spectanda est, legitur in
Caroli V. Constitutione criminali, cujus
art. 162. haec continet:

„Vom stelen zum dritten mal.

„Item wird aber jemandt betretten, der
„zum dritten mal gestolen het, und
„solcher dreifachtiger diebstal, mit gu-
„tem grundt als vor von erfahrung der
„warheyt gesetzt ist, erfunden würd,
„das ist eyn merer verleumbter dieb,
„und auch eynem vergewaltiger gleich
„geacht, und sol darumb, nemlich
„der mann mit dem strang, und die
„fraw mit dem wasser oder sunst inn
„andere weg, nach jedes landts ge-

25) l. c. fol. 168 init.

„brauch vom leben zum todt gestrafft
 „werden“ ²⁶).

§. 3.

*De eo, quod in dubio versatur in C. C. C.
 art. 162. explicando.*

Quanquam *Carolus* quaedam, ut furtum tertium adsit, necessaria citato articulo proposuit; cum, furem esse deprehensum; tum, plura furta exstare seu iterata; tum, triplex furtum esse probatum: nonnullae tamen sunt quaestiones, quae, ab Imperatore non diserte solutae, in dubio versantur, quarumque *adhuc sub iudice lis est*. Quaeritur enim primo, debeatne reus propter furtum jam esse punitus; quod si annuatur, an eum tria furta sub ejusdem judicis ditione commisisse necessarium sit, et an furta ea, quorum poenis reus elapsus, sive remissione a Principe facta, sive fuga, annumerari possint; deinde, an priora furta nondum praescripta esse debeant; denique, an pretium rerum tribus furtis ablatarum magni furti summam opus sit expleat. De quibus igitur

26) Cf. editionis principis C. C. C. anni 1533 exemplum, quod *Meister* principiis suis juris crim. subjecit.

quaestionibus copiosius nobis agendum est ²⁷). Sed de iis quoque, quae, quanquam *Carolus* diserte necessaria dicere nobis videtur, nonnulli tamen dubitant, vel saltem non simpliciter concedunt, antea loquimur ²⁸).

§. 4.

A. *Furem esse manifestum necessarium videtur.*

Incipiamus jam ab iis, quae in C. C. C. art. 162. necessaria dicuntur. Ineunte lege *Carolus* verbis: „wird aber jemandt *betreten*” ²⁹) utitur, quibus neglectis nonnulli ³⁰) nil differre putant, utrum fur sit manifestus, (i. e. priusquam rem furtivam eo loci pertulerit, quo destinaverat, comprehensus ³¹),) necne; imo sunt, qui ³²) verba illa nihil aliud significare putant,

27) Cff. §§. 8–20.

28) Cff. §§. 4–7.

29) Hoc verbum adhibent etiam Statuta Hamburgensia. Th. 4. Art. 33.

30) Veluti *Cisius* seu *Reyher* l. c. p. 9.

31) l. 3. §. 2. D. de furtis 47, 2.

32) Veluti *Rosshirt's Lehrbuch d. Crim. R. S. 394. Anm. 2.*

quam: Si quis commisit etc. Sed verbum *betretten* idem valuisse ac manifestum, ostendunt articuli 161. verba: „und mag den „dieb in disem fall nit fürtragen“ (i. e. prodesse ei nequit), „ob er mit dem dieb- „stall — — nit beschrien oder betretten „würd“ ^{3 3}). Est autem in illius sententiae defensorum numero etiam *Martin* ^{3 4}), qui praeter causam majoris malitiae ejus, qui tertium commiserit furtum, necessitati, furem esse manifestum, repugnare censet etiam art. 161, qui hoc in secundo furto non requiri decreverit. Quo argumento innititur etiam *Lipstorf* ^{3 5}). Sed quid hoc ad rem? Nonne *Carolus* furtum id, cui capitis poenam constituit, modis quibusdam vel conditionibus subjicere potuit, etsi secundo mitioribus poenis mulctando furto non addiderat? Recte igitur *Tittmann* ^{3 6}) furem manifestum esse debere censet, quamvis falsis, ut videtur, rationibus adductus; putans scilicet, in omnibus 162^{do} proxime

33) Cff. etiam artt. 157 init. et 158 init.

34) Lehrbuch d. deutschen gem. Crim. R. §. 156.

35) Meditat. de furto tertio simplici, p. 13.

36) Handb. der Strafrechtswiss. 2te Aufl. Th. 2. §. 429.

praemissis articulis *Carolus* postulasse, ut fur sit manifestus, cum contra, quanquam in art. 160. magnum furtum tractante, non tamen in art. 161. de prima furti iteratione agente, requirat illud Imperator ³⁷⁾. — *Wächter* ³⁸⁾ praeterea, quia *Carolus* verbo *betretten* solo usus sit, neque, ut in artt. 157-161, dixerit: „betretten *mit*” seu „über dem diebstall,” nihil interesse putat, furem nec esse manifestum. Sed nihil differre videtur inter deprehensionem furis in tertium furando et tertium furantis.

Hoc quidem ad leges; praxis autem recentiorum temporum obtinens per Germaniam, nullum discrimen inter furtum manifestum et nec manifestum agnoscens, utrique eandem statuit poenam ³⁹⁾.

§. 5.

B. *Requiritur altera furti iteratio* ⁴⁰⁾.

Loquitur deinde *Carolus* de eo, qui *ter furatus* est; unde patet, continuatum fur-

37) Cff. hujus articuli verba modo allata.

38) a. a. O. Th. 2. S. 318.

39) Cf. *Henke's Handb. d. Crim. R.* (Berl. 1826.) Th. 2. S. 441.

40) Cf. *Mittermaier* im neuen Archiv d. Crim. R. Bd. 2. S. 238-256.

tum hic non respici posse, quippe quod, quamvis diu fur sit persecutus, tamen unum tantum furtum efficiat. Quaeritur autem, quid sit furtum iteratum, et quomodo differat a continuato. Non satis est dicere, iterata furta diversis temporibus committi; interdum enim etiam saepius agendo unum tantum furtum committitur. Rectissima autem sine dubio *Feuerbachii* ^{4 1)}, quem sequitur *Salchow* ^{4 2)}, est regula, furta, ut tria adsint, non ex eadem cupiditate vel ex eodem consilio ^{4 3)}, neque una actione non intermissa, patrata esse oportere. Temporis igitur spatium interjectum esse oportet, quo fur occasionem habeat, quid faciat, meditando ^{4 4)}. Eadem fere *Martini* ^{4 5)} sententia esse videtur, qui in eo praecipue differentiam ponit iterati criminis et continuati, quod in illo proprius quidam animus com-

41) Lehrb. d. gem. peincl. R. Ausg. 9. §. 332.

42) Entwicklung d. Verbr. d. Entwendung, §. 30.

43) Cf. etiam *Henke's Handb.* Th. 1. S. 612.

44) *Boehmeri meditatt.* ad C. C. C. art. 162. §. 2.

Ejusd. observ. 9. ad *Carpzovii* pract. novam rer. crim. part. 2. qu. 78. n. 82. *Strubens* rechtl. Bedenken. Th. 4. Bed. 204. *Quistorp's* Grunds. §. 355.

45) a. a. O. §. 64.

mittendi vel separatae causae adsint. — Quibus tamen ex definitionibus non quodlibet furtum, utrum iteratum sit an continuatum, cognosci posse videtur; neque magis ex *Tittmanni* ⁴⁶⁾ regula, alterum furtum committere eum, qui, postquam cupiditati furandi jam satisfacisset, denuo furatus sit. Quare jam de differentia illa copiosius loquemur ⁴⁷⁾).

Antea autem nobis commemoranda est sententia *Mittermaieri*, qui omnem, quae proferri solet, differentiam iterati criminis et continuati rejiciens, ubicunque saepius separatimque egerit maleficus, iteratum crimen adesse putat, cumque pro quovis commisso reus poena crimini statuta afficiendus sit, quotiescunque commiserit delictum, hujus poena dignum esse; continuatum vero tum tantum exstare, si plura facta cohaerentia adsint, quae quamvis per se singula sint crimina, e fori tamen usu conjunctim pro uno habeantur ⁴⁸⁾).

Interdum autem, si fur cum alio in certa necessitudine vivit, *ICTi* furta revera iterata

46) a. a. O. Th. 2. §. 429.

47) Cf. §. seq.

48) a. a. O. S. 246 ff.

unius continuati loco habent; veluti si famulus quis domino suo saepius res abstulerit, domesticum furtum adest idque unum et continuatum ⁴⁹).

§. 6.

De differentia iterati furti et continuati.

Exquiramus jam, quando dubitari possit, iteratum sit furtum an continuatum. Primo interdum ex *temporis* spatio interjecto, furtum non continuatum, sed iteratum esse patet; veluti cum menses vel tantum hebdomades praeterierant ⁵⁰), vel adeo dies tantum ⁵¹); unde recte multi furta ea, quae ab aliquo una eademque nocte vel die committuntur, pro uno continuato habent ⁵²). Dissentiunt autem *Kress* et *Tittmann*, quo-

49) *Mittermaier* a. a. O. S. 254.

50) *Tittmann* a. a. O. Th. 2. §. 429.

51) *Cisius* s. *Reyher* l. c. p. 5.

52) *Lipstorf* l. c. p. 12. *Böhmer* ad C. C. C. art. 162. §. 2. *Ejusd.* obs. 9. ad *Carpzov.* p. 2. qu. 78. *Quistorp* a. a. O. §. 355. Anm. a. *N. G. Feygae* (*Praes. Hellfeldio*) dissert. de justitia poenarum capit., praesertim in crimine furti periculosi et tertii, p. 31 sq. *Gerstlacher's Handbuch der deutschen Reichsges.* Th. 11. S. 2829. *Henke* a. a. O. Th. 1. S. 614. *Meisteri princ. jur. crim.* §. 212. not. b. edit. 6.

rum ille ^{5 3}) singularem ejusmodi furum malitiam spatium temporis, quod alias furta distinguere debeat, abunde compensasse putat; hic vero ^{5 4}) illam sententiam nimis arbitrariam censet. — Sed, ut supra diximus, furi tempus meditandi de facinore commisso fuisse debet; quare is, qui manente furandi ardore plura abstulit, pro fure semel delinquente recte habendus est, nihilque interest, eum saepius ad furandum accessisse, cum omnia simul auferre non potuerit ^{5 5}); neque magis, res furtivas plurimum esse dominorum ^{5 6}).

Hoc de tempore. Deinde, si *locum* respexeris, interdum cognoscere poteris, ut furtum non sit continuatum, sed iteratum; siquidem alter locus tam longe ab altero abest, ut fur, dum transiit, meditari potuerit de conandis criminibus. Nec vero, ut quidam putant ^{5 7}), ex eo, quod plura furta in diversis locis sunt commissa, intelligi po-

53) Comment. in C. C. C. p. 585 sq. ed. 3.

54) a. a. O. Th. 2. §. 429.

55) Matthaeus, de criminibus, pag. 106. Concedit etiam Tittmann, a. a. O. §. 428.

56) Mittermaier a. a. O. S. 256.

57) Quistorp a. a. O. §. 355.

test, furtum esse iteratum; quodsi fur, qui in horto furari coeperat, deinde domum intrans ibi perrexit, quamvis diversi sint loci, tamen, quia fur uno tenore egit, unum tantum furtum exstat ^{5 8}). Quanquam *Mittermaier*, qui, ut supra vidimus, singula facta respici vult, dissentit ^{5 9}). — Sin quis in uno eodemque loco saepius agendo furtum commisit, veluti si vel ex eadem domo vel arca, vel ex eodem acervo plura abstulit, pro plurimorum ^{6 0}) sententia unum tantum furtum adest; *Mittermaier* autem, si res furtivae plurium sint dominorum, furtum non pro continuato, sed iterato haberi vult ^{6 1}); nisi uno tenore sint ablatae ^{6 2}).

Ut denique de *rebus* loquamur, nonnulli erant, qui, si plures res ablatae essent, plura furta; sin una, unum adesse censerent ^{6 3}).

58) *Tittmann* a. a. O. §. 429.

59) a. a. O. S. 244.

60) *A. G. Hientzkenii* (Praes. *Wippermano*) diss. de furtis p. 37. *Feyga* s. *Hellfeld* l. c. p. 32. *Meister* l. c. §. 212. *Tittmann* a. a. O. Th. 2. §. 429. *Henke* a. a. O. S. 614.

61) a. a. O. S. 244.

62) a. a. O. S. 254 f.

63) *Strykii* usus mod. ff. lib. 47. tit. 2. §. 5. *Quistorp* a. a. O. S. 355. *Meister* l. c. §. 212.

Quam sententiam recte reprobantes, nihil differre ajunt recentiores, utrum in eadem an in diversis rebus furtum sit commissum ⁶⁴). Quare etiam, si una eademque res, saepius ablata, ad dominum rediit, propter interjectum temporis spatium plura furta exstant ⁶⁵); ideoque jam ex Romanorum jure plures competeabant actiones ⁶⁶).

§. 7.

C. De necessaria priorum quoque furtorum probatione.

Si de puniendo crimine agatur, plenam ejus probationem allatam esse debere, inter omnes constat; etenim, nisi corpus delicti integrum est, ordinaria hujus criminis poena adhiberi nequit. Nostro autem articulo triplex furtum probatum esse oportere diserte ait Imperator; quibus verbis priorum quoque furtorum non solum accusationes vel indicia adesse debere, sed plenam probatio-

64) *Tittmann* a. a. O. §. 429. *Mittermaier* a. a. O. S. 246.

65) *Tittmann* a. a. O. §. 428. Anm. t.

66) l. 47. §. 9. l. 58. pr. D. de furtis 47, 2.

nem, sine dubio intelligi voluit ^{6 7}); incerta igitur furta non computantur ^{6 8}). Quo fit, ut nonnulli, confessione non contenti, quia secundum C. C. C. de hominis vita agitur, plenam omnium furtorum probationem alio modo allatam postulent ^{6 9}), provocantes ad jus Romanum ^{7 0}); quo autem rejecto, jam dudum ^{7 1}) regula, confessum pro convicto haberi, generali est auctoritate ^{7 2}). — Praeterea imperfecta quoque furta annumerari nequeunt ^{7 3}).

67) *Böhmer* ad C. C. C. art. 162. §. 3. *Meister* l. c. §. 212. *Konopak* im Archiv d. Crim. R. Bd. 7. Heft 2. S. 274 f. *Tittmann* a. a. O. Th. 2. §. 432 a. E.

68) *Meister* l. c. §. 212. not. b.

69) *Brunnemanni* comment. in ff. part. 2. p. 610 in f. edit. 4. *Strykii*. *Bergeri* supplement. ad electa jurispr. crim. part. 2. p. 83. ed. 2. *Lipstorf* l. c. p. 12. *Carpzov* l. c. part. 2. qu. 81. n. 56. *Feyga* s. *Hellfeld* l. c. p. 31. *Quistorp* a. a. O. §. 355. Anm. b.

70) l. 1. §. 17. D. de quaest. 48, 18.

71) Cf. *A. Sawr*, (referente *Wächtero*, Lehrb. des röm. deutschen Strafrechts, Th. 2. S. 314) fasciculus constitutionum de poenis, vulgo das Straffbuch. Nova edit. 1598. p. 154, ubi verbis: „bekenntlich seyn oder vberzeuget würde,” confessus aequiparatur convicto.

72) Cf. *Feuerbach* a. a. O. §. 584.

73) *Meister* l. c. §. 212. *Salchow* a. a. O. §. 30.

§. 8.

D. Quacritur, an reus propter furtum jam punitus esse debeat ⁷⁴).

Transeuntes ad eas, quas C. C. C. non diserte judicavit, quaestiones, incipiamus ab ea, quae, quia maximi omnium momenti, a plurimis est pensitata longeque aliter ab aliis soluta. Est quaestio, utrum furem jam propter prius quoddam furtum punitum esse necesse sit necne? Negant alii, alii omnino annuunt, alii ex parte, alii contrarium postulant. Sed, si respexeris ad C. C. C. art. 162, ne uno quidem verbo prioris poenae necessitatem tactam invenies; quare omnis controversia inanis videri potest. Attamen mitiorem sententiam, quae necessitatem illam contendit, non pauci sequuntur iique gloria florentes Icti; quos, postquam eorum sententiae, qui furem nondum punitum esse oportere censent, mentionem fecero, refutare conabor.

74) C. S. Lipstorfii meditat. de furto tertio simplici, prima alteraque vice non punito, ne Carolino quidem jure capitali. Lugd. Bat. 1726.

§. 9.

Sunt ICTi, qui necesse ducant, ut reus propter furtum nondum sit punitus.

Vetus jam ICTorum sententia est, reum furti poena adhuc vacavisse opus esse. Jam enim ICTo illi Italo, quem supra ⁷⁵⁾ nominavimus, *Bonifacio de Vitalinis* ⁷⁶⁾, sententia haec placet, quae ex recentioribus ICTis non solum a *Gesterdingio* ⁷⁷⁾ comprobatur, sed etiam *Falckio* ⁷⁸⁾ magis, quam ceterae, cum C. C. C. verbis congruere videtur. Sed si sola articuli 162. verba spectamus, nihil de quaestione illa pronuntiatum nobis esse videtur. — Qua autem *Gesterding* innititur, ea est ratio, quod *Carolus*, probationem, non tertii solius, sed omnium furtorum („triplicis furti”) postulans, inane quid, si priora jam punita essent, requisivisset. Sed, quamvis priorum furtorum probationem necessariam esse

75) Cf. §. 1.

76) Mortuus est a. 1389. Cf. ejus tract. de maleficiis, fol. 444. edit. supra citatae.

77) N. Archiv des Crim. R. Bd. 5. S. 486-491.

78) *Falck's* Eranien zum deutschen Rechte. Heft 3. S. 56.

negari nequeat, quaeri tamen potest, annon illa itidem ex actis forensibus, cum ejusdem judicii, tum aliorum, afferri possit, ut nil differre videatur, punita illa sint necne.

Ceterum in Saxonia antehac Electorali, ut priorum furtorum neutrum jam sit punitum, requiritur ^{7 9}).

§. 10.

Ex aliorum sententia, utrum fur antea punitus sit necne, nihil interest.

Haec sententia ejusdem fere, ac modo allata, aetatis esse videtur, quippe quae jam ab *Alberto de Gandino* et *Angelo Arentino* ^{8 0}) comprobaretur. Cum quibus etiam, quamvis non pauci contrariae sententiae accedant, plerique tamen recentioris temporis Icti faciunt; quos, temporis, quo scripserunt, ordinem sequentes, enumerabimus. Sunt autem hi: *Farinacius* ^{8 1}), *Hientz-*

79) Cf. G. C. Beyeri (Praes. Hommelio) diss. de furto magno, p. 22.

80) Quorum ille mort. a. 1300, hic nat. sub a. 1400. Cff. eorum tractatus de maleficiis, fol. 339 init. et fol. 167 in f. editionis supra citatae.

81) Praxis et theoria crim. lib. 1. tit. 3. qu. 23. n. 10. seu tom. 1. p. 321. edit. 3. Francof. 1606.

ken s. *Wipperman* ^{8 2)}, *Cisius* s. *Reyher* ^{8 3)}, *Kress* ^{8 4)}, *Berger* ^{8 5)}, *Böhmer* ^{8 6)}, *Feyga* s. *Hellfeld* ^{8 7)}, *Gerstlacher* ^{8 8)}, *Salchow* ^{8 9)}, *Konopak* ^{9 0)}, *Rosshirt* ^{9 1)}, *Tittmann* ^{9 2)}, *Martin* ^{9 3)}, *Feuerbach* ^{9 4)}. Quorum rationes, refutatis adversariis, afferemus.

§. 11.

Nonnulli deinde furem semel saltem punitum esse volunt.

Alii ICTi, ut articuli 162. poenam capitis simpliciter furto tertio statuentis acerbita-

82) l. c. p. 37.

83) l. c. p. 10 sq.

84) l. c. p. 585. ed. 3.

85) *Electa jurispr. crim.* p. 40. edit. 3.

86) *Ad C. C. C. art. 162. §. 4. et observ. 9. ad Carpzov. part. 2. qu. 78. n. 82.*

87) l. c. p. 41 sqq.

88) a. a. O. Th. 11. S. 2830.

89) *Entwicklung des Verbr. der Entwend. §. 31-33.*

90) *Archiv d. Crim. R. Bd. 7. St. 2. No. 5. S. 275 ff.*

91) *Lehrbuch d. Crim. R. S. 394 f. Qui tamen, si de legibus ferendis agatur, priores poenas spectari quam solam iterationem mavult.*

92) a. a. O. Th. 2. §. 431. Idem autem ex argumentis a natura, nulla Carolinae ratione habita, repetitis contrariam defendit sententiam. Th. 1. §. 111. Th. 2. §. 432.

93) *Lehrbuch des deutschen gem. Crim. R. §. 14^e.*

94) a. a. O. §. 332.

tem sublevarent, arbitrariam excogitarunt opinionem, quae, cum non solum in C. C. non sit respecta, sed ne ex rationibus quidem legis probari possit, prorsus rejicienda videtur; postulantes enim, ut fur jam punitus sit, satis habent, si semel sustulerit furti poenam. Ad quos jam, cum *Meister*, qui antea sententiam hanc comprobaverat, in recentioribus libri sui editionibus duplicem requirat poenam, solus *Leyser* ⁹⁵⁾ pertinet, qui tamen postulat, ut nullam, furem emendatum iri, spem superesse satis constet; concedens ceterum, sententiam suam in arbitrio solo inniti. — Consentit tamen rescriptum Electorale Brunsvicense a. d. 17. Mart. anni 1722. promulgatum ⁹⁶⁾. — Ea autem, quae Leyseri esse videtur, ratio, furem poena aliqua, quamvis una tantum, admonitum esse debere, quippe arbitraria regulam efficere nequit. Sin priores poenas necessarias habemus, et jus Romanum, quod tamen nequaquam adhiberi posse videtur, sequeremur, in eo quoque, quod hoc ⁹⁷⁾ diserte reum

95) Meditatt. ad ff. spec. 535. medit. 12.

96) Cf. *Strubens* rechtl. Bedenken. Th. 2. Bed. 107. §. 5.

97) l. 28. §. 3. D. de poenis 48, 19.

aliquoties antea punitum esse postularet, inniti possemus.

§. 12.

Alii denique postulant, ut fur bis jam sit punitus.

Hujusce quoque sententiae graves rationes esse oportere, jam ex eo elucet, quod, quamvis multos adversa habeat defensores, tamen haec non paucos, inter quos *Feuerbachium* ipsum, principem juris criminalis peritorum recentiorum temporum, per plurimas libri sui editiones vidimus; qui nunc demum ad illam sententiam, quam quidem ipse in prima editione proposuerat, se retulit. Sententiam autem eam, de qua loquimur, etsi non ejusdem, ac allatae, aetatis esse videtur, tamen *Jodocus* jam *Damhouder* ⁹⁸⁾, qui *Caroli V.* tempore vixit, „con-
„suetudine inoleta diuque recepta” approbatam esse ait; quem mox secutus est *Sawr* ⁹⁹⁾; ¹⁰⁰⁾ deinde *Matthaeus* ¹⁾; tum,

98) Praxis rer. crimin. cap. 110. (in al. editt. 112) n. 28 sqq. 99) a. a. O.

100) In hoc tempus (a. 1605) cadit etiam confectio Statutorum Hamburgensium adhuc obtinentium, quae (Th. 4. Art. 33) verbis: „da er zum dritten mahl — wird betreten und überweiset,” ut fur bis jam sit convictus, necessarium praescribunt.

1) De crimin. Traj. ad Rh. 1644. p. 106 sq. et p. 892.

ut ad recentiores *l*Ctos transeamus: *Lips-
torf* ²⁾, *Konopak* ³⁾, *Henke* ⁴⁾, *Grol-
man* ⁵⁾, *Meister* ⁶⁾, *Wächter* ⁷⁾. —
Eandem comprobant sententiam tum Au-
striae codex legum de criminibus, tum con-
stitutio Slesvico-Holsatica a. d. 18. Nov.
anni 1823 promulgata. — Quid vero, si
priora posteriore punito demum sunt re-
perta? Illa per se severius puniri non posse,
tertium autem denuo inquirendum esse et
puniendum *Tittmann* ⁸⁾ existimat.

Postulant autem plurimi hujus sententiae
defensores, furem non solum bis jam esse
punitum, sed etiam poenam secundo furto
statutam sustulisse ⁹⁾, vel aliam saltem gra-

2) l. c. p. 20-42.

3) Archiv des Crim. R. Bd. 5. St. 2. Nr. 5. S. 119 ff.
Bd. 7. St. 1. Nr. 5. S. 158 f. Bd. 7. St. 2. No. 5.
S. 268 ff.

4) Grundriss e. Gesch. des deutschen peinlichen R.
Th. 2. S. 101. Anm.

5) Grundsätze der Crim. Rechtswissensch. 3te Aufl.
S. 217 f.

6) Princ. jur. crim. §. 212. edit. 6.

7) a. a. O. Th. 2. S. 312-317.

8) a. a. O. Th. 1. §. 114.

9) *Damhouder* l. c. *Konopak* a. a. O. Bd. 5. St.
2. No. 5. S. 120. *Henke* a. a. O. *Grolman*
a. a. O.

viorem veluti ejusmodi, quae a carnifice sit perfecta ¹⁰). — Sententiam eam, quae priores poenas requirit, *praxis* quoque sequitur per Germaniam obtinens et vetustior et recentior ¹¹), nec tamen quavis castigatione contenta; etiamsi enim primum furtum leviori poena sit mulctatum, secundum tamen gravius punitum esse debet ¹²).

§. 13.

Sententia eorum, qui priores poenas requirunt, refutata.

Rationes, quibus innituntur ii, qui, nisi priora furta punita sint, tertium furtum non exstare censent, jam, refutationem simul adjungentes, afferemus.

Primo ad *Damhouderi*, qui eodem, quo *Carolus V.*, tempore vixit, provocant verba ¹³): „Juxta inoletam,” inquit, „diu-que receptam consuetudinem simplex fur-

10) *Böhmeri obs.* 9. ad *Carpzov.* part. 2. qu. 78. n. 82. *Meister* l. c.

11) *Cff. Leyser* l. c. *Böhmeri meditatt.* ad C. C. C. art. 162. §. 4. *Falck's Eranien zum deutschen Rechte*, Heft 3. S. 56.

12) *Cff. Quistorp a. a. O.* §. 355. 13) l. c.

„tum in fure primum deprehenso” etc. „Si
 „secundo commiserit” etc. „Si autem *ita*
 „*bis correptus*, non resipuerit, sed tertium
 „furtum audet aggredi, tum ita tertio de-
 „prehensus puniendus erit suspendio. —
 „Qui vero tertio furtum commisit, is *fur*
 „*famosus* vocatur vel grassator.” Jamvero
Carolus consuetudinem illam, ex qua fur
 bis correptus esse debuerit, novisse, et,
 cum nihil diserte ea de re dixerit, compro-
 bare voluisse, necessarium censent; prae-
 sertim, cum, furis tertii appellationem
Damhouderianam famosi eandem esse, qua
Carolus utatur verbis: „eyn merer ver-
 „leumbter dieb,” ex eo pateat, quod et
Justinus Gobler, vetustissimus C. C. C. in-
 terpres, qui ejusdem ac *Carolus* fuit aetatis,
 et *Georgius Remus*, qui haud multo post
 vixit, in paraphrasi C. C. C., illam vocem
 verbis *fur famosus* sive *infamis* redderent:
 qua ex re *Carolus* nihil aliud quam *Dam-*
houder intelligi voluisse colligunt. Nec
 vero solum, furem antea aliquas poenas
 sustulisse oportere, sed secundi furti poe-
 nam, contendunt nonnulli; id quod *Dam-*
houderi verbis: „*ita* bis correptus,” de-
 monstrare volunt, neque, quin haec *Dam-*

houderi fuerit sententia, dubitare poterit. — Sed, cum de claris legis verbis decedere, ut arbitraria opinio legis auctori supponatur, nunquam licere possit, neque ullo verbo articulus 162. priorem aliquam poenam respiciat, haec requiri nequit; accedit, quod ne aliis quidem rationibus contraria sententia firmari potest. Nam quod dicunt, *Carolus V.* necessario consuetudinem illam secutum esse, hoc modo nihil probari posse videtur; licuit enim sine dubio Imperatori, quid sibi placeret, constituere, et consuetudinem, quamvis generalem, negligere; *Damhouder* ceterum non de generali loqui videtur consuetudine, (quae, num inveniantur, vel illo tempore exstiterit¹³), dubitari potest,) sed tantum de ejus, in qua vixit, regionis, i. e. Brabantiae. Sed etiam si C. C. C. scriptae tempore generalis fuerit consuetudo, furem tertio committentem tum tantum capite plecti et famosum furem appellari, si bis punitus esset, tamen articuli 162. verba ita nobis esse interpretanda, ut

13) Tunc arbitrium in puniendis criminibus solum regnasse, quod *Carolus* ad conficiendam Constitutionem criminalem adduxerit, contendit *Salchow*, a. a. O. §. 33.

haec lex cum consuetudine illa congruat, concludere non poterimus; nisi extra fines legum interpretandarum egredi maximoque arbitrio cum his agere audeamus. Quid? quod *Carolo* consuetudinem illam non notam fuisse probabile est: nam ex *consuetudine* quoque mutilantibus poenis secundum furtum mulctari *Damhouder* ait; cur igitur Imperator hasce poenas mutavit in alias, cum nequaquam illas reprobaverit, sed in aliis articulis adhibuerit? — Nusquam vero legimus, *Caroli V.* tempore eum, qui ter furatus necdum punitus sit, non appellatum esse famosum; quin *Damhouder* ipse: „Qui tertio furtum *commisit*,” inquit, „is fur famosus vocatur.” Famosus sane fur esse potest, etiamsi nondum sit punitus; nam, quamvis *infamia juris* sententia tantum iudicis irrogatur ^{1 4)}, sub verbo *verleumbt* tamen hic nihil certo aliud quam *facti* infamia intelligi potest; *Remus* etiam eum, qui „habitum furandi acquisierit,” famosum furem appellat, ita ut sola furandi consuetudine, non poenis, fur fiat famosus. — Accedit, quod *Carolus* eum,

14) l. 1. 6. D. de his, qui not. inf. 3, 2. l. 8. C. ex quib. caus. inf. irrog. 1, 12.

qui tertium furatur, „eynem vergewaltiger“ aequiparat, i. e. furi, quem vocant, periculoso, cui indistincte, jam sit punitus necne, capitis poenam statuit ¹⁵⁾; idem igitur de fure tertium furante valeat oportet. — Alia quoque ratio ex *Damhouderi* verbis deducta, qua innituntur, qui priores poenas necessarias censent, non majoris est momenti; afferunt enim, posteriora articuli 162. verba, quibus *Carolus* poenam statuerit, eadem esse, quibus *Damhouder* usus sit; ex quo utrumque idem praescripsisse necessarium concludunt. Videtur quidem *Damhouder*, cujus liber etiam prima vice post C. C. C. promulgatam edebatur, *Caroli* verba illa expressisse; ex quo autem sane, illum sententiam hujus secutum esse, colligi non poterit; praesertim, cum poenae Carolinae, saltem laquei, jam diu per Germaniam solitae erant adhiberi ¹⁶⁾).

Deinde, qui nondum sit punitus, inemendabilem vocari non posse ¹⁷⁾ continent. Sed, qui tertia vice idem crimen

15) C. C. C. art. 159.

16) Cf. cap. 2. §. 2.

17) Cf. cap. 2. §. 3.

commisit, sine dubio conscientiae stimulis, quibus agitabatur, emendari debuit; requiritur enim semper tempus ante iterationem praeteritum, quo fur meditari potest, quoque conscientiam tacere non probabile est. Praeterea furis pravitas illa insanabilis non ex contemptu poenarum colligi potest, sed ex consuetudine furandi iteratione probata; alioquin enim prima vice furans jam inemendabilis vocari posset, cum omni crimine contra leges poenales dolo malo suscepto contemptus poenae ostendatur.

Tum afferunt, *Carolus* id, quod sibi displicuerit, primi et secundi furti poenarum modum, diserte abrogasse, consuetudinem vero, ex qua fur bis punitus esse debuerit, non reprobasse. Sed hac ex re nequaquam, consuetudinem illam a *Carolo* probatam esse, concludi poterit, cum eam itidem silentio praeterire, quam diserte repudiare licuerit huic; qui autem de illis poenis, cum solitas abrogandi consilium cepisset, plane loqui debuerit.

Porro utuntur eo argumento, quod *Carolus* ejus, quod ubique notum fuerit, commemorandi necessarium non habens, hujus, quanquam comprobarit, non fecerit men-

tionem. Sed hanc opinionem nimis arbitrariam esse patet; etenim si ita interpreteris, quaelibet possis supponere legibus ex iisque repetere.

Provocant praeterea ad argumenta generalia, quibus poenam capitis Carolinam sublevare conantur; in dubio, inquiunt, pro mitiori sententia semper est judicanda. Nec vero dubii quidquam in art. 162. videmus, sed planum praescriptum, quo, nulla prioris alicujus poenae ratione habita, capitis poena statuitur.

Jamvero in jure Romano, quod priores poenas requirere contendunt, innituntur. At leges, quas afferunt ¹⁸⁾, non de furtis agunt, sed de diversis aliis criminibus; nequaquam igitur huc adhiberi possunt. Verum fac ICtos vel Imperatores Romanos praescripsisse aliquid de priorum furtorum punitorum necessitate, *Carolus V.* novum jus, quo omne vetus abrogavit, constituit; alioquin enim ei diserte dicendum fuit, se in hoc crimine puniendo illud jus, quod,

18) l. 1. D. de j. patron. 37, 14. l. 28. §. 3. D. de poenis 48, 19. l. 3. in f. C. de episc. aud. 1, 4. l. un. C. de superexactt. 10, 20.

quamvis conservabat interdum, saepe abrogabat, non mutare voluisse.

Quod denique provocant ad art. 161., quem priorem poenam necessariam iudicasse volunt, nullo modo articulus 162. aequiparari posse videtur illi, qui non solum in longe aliis ac noster innitatur rationibus ¹⁹⁾, sed etiam ne uno quidem verbo mentionem faciat necessariae prioris poenae, quae igitur nihil magis, quam in furto tertio, in secundo requiri posse videtur.

§. 14.

Aliae rationes, priores poenas non necessarias esse, persuadentes.

Praecipuo, quo innitimur, argumento, i. e. verbis C. C. C. priores poenas non requirentis, ceterisque rationibus, quas in refutanda sententia adversa attulimus, nostram, nil differre, utrum fur jam antea punitus sit necne, jam satis probatam esse censemus. Alias tamen rationes, quibus omne dubium deleri speramus, ad magis hanc sententiam confirmandam addemus.

19) Cf. cap. 2. §. 3.

Primo enim accedit, quod extremis Bambergensis articuli 188. verbis: „wann die „straff diss diebstalls wurdet im rechten *durch die bösen gewonheit* dermassen beschwerdt,” sine dubio, solam furandi consuetudinem augere poenam debere, nec vero mulctationem aliquam priorem, probari potest.

Tum attendendum est, *furtum tertium*, si adversam sequeremur sententiam, necessario technicum esse vocabulum, *Carolus V.* autem in Constitutionis criminalis articulis de furtis iteratis agentibus, 161 et 162, verbo illo, quod solum pro vocabulo tecnico haberi posset, nunquam usum esse, sed ubique: *si quis furatus*, dixisse.

Secundum generalem deinde regulam, ex qua, si lex non distinguit, nec nobis distinguere licet, verba sola legis, vel, si obscura sunt, rationes respicere debemus. Cum vero neque verba articuli 162, neque rationes hujus legis priores poenas postulent, eas requirere non licebit.

Quod denique is, qui tertium commisit furtum, nondum punitus sit, calliditatem magis et artes furis arguit vel secundas ejus fortunas, quam ut veram non adhibendae

furti tertii poenae causam praebeat. Imperiti igitur vel infelices fures gravius punirentur quam callidi vel fortunati.

§. 15.

*E. Furta extra judicis inquirentis ditio-
nem, imo in terris exteris, commissa
merito computantur.*

Aliae etiam sunt quaestiones, quas, si superiorem de priorum poenarum necessitate negemus, inanes esse pateat; sin illam annuamus, harum responsio dubia esse potest. Quodsi postulatur, ut is, qui ter furatus, nulla priorum poenarum ratione habita, furti tertii poena afficiatur, nihil differre potest, utrum furta intra an extra judicis, qui furtum tertium inquirat, ditio-
nem, imo utrum in patria an in exteris ter-
ris, sint commissa. Nec vero solum ii, qui nobis consentiunt, sed etiam contrariae sententiae defensores, omnes fere locum delicti commissi nullius momenti esse concedunt ^{2°}). Quorum nonnulli, non con-

20) *Farinacius* l. c. part. 1. tit. 3. qu. 23. n. 13.
Matthaeus l. c. p. 106. *Hientzken s. Wipperman*
l. c. p. 37. *Brunnemanni* comment. in Cod. p. 657.
edit. 4. *Cisius s. Reyher* l. c. p. 12. *Mevii* deci-

tenti eo, quod in prioribus poenis non necessariis innititur, argumento, ad jus Romanum provocant ^{2 1)}, quippe quod in furis deprehensi non minus quam in commissi delicti foro agi permittat; posse igitur, qui in aliis locis ter furatus, quolibet loco deprehensus sit, condemnari et puniri ajunt. Sed, etsi jus Romanum etiam deprehensionis forum agnoscat, hoc tamen argumento nobis non opus est; si quidem nil differt, fur jam punitus sit necne, potest neque locorum, ubi furta commissa sint, diversitas causam, cur poena ordinaria adhiberi nequeat, praebere. — Ceterum, si ad praxin ^{2 2)}, quam omnes sine dubio Germaniae regiones inter se observant, respicias, furta in exteris terris contra peregrinos commissa, ratione nostrae civitatis habita, pro non commissis accipiuntur ideoque non puniuntur a vernaculis judi-

siones, part. 4. dec. 176. *Bergeri* electa jurispr. crimin. p. 40. edit. 3. *Böhmer* ad C. C. C. art. 162. §. 2. *Ejusdem* obs. 9. ad *Carpzov.* part. 2. qu. 78. n. 82. *Quistorp* a. a. O. §. 355. *Feyga* s. *Hellfeld* l. c. p. 44. *Feuerbach* a. a. O. §. 332.

21) l. 1. C. ubi de crimin. 3, 15.

22) Qua inductus *Tittmann* (a. a. O. Th. 1. §. 115.) sententiam nostrae adversam comprobare videtur.

ciis. — Quodsi prius furtum apud nos, apud exteros posteriora admissa sint, deinde comprehendatur fur a nobis: volunt nonnulli, quia non, ut tertium a prioribus, ita primum furtum per posteriora oneretur, id pro uno tantum furto haberi primique furti poena mulctari. Sed non agitur hic de pluribus furtis puniendis, sed de extinguenda consuetudine furandi iteratione probata, quam itidem exstare, si furta in diversis terris, quam si in eadem commissa sint, apparet.

§. 16.

F. Idem valet de furtis iis, quorum poenae reo erant remissae.

Si quis, delicti alicujus accusatus, sententia judicis absolvitur, illud nullo modo ei imputari posse constat; sequitur autem, ut is, qui antea, cum furti fuisset in reatu, absolutus erat, nunc vero tertia vice accusatus est et convictus, hujus commissi causa non tertii furti poena, sed primi affici debeat. Secus autem esse oportet, si utriusque furti antea commissi venia reo data erat a Principe vel a magistratu quodam superiore, cui poenam remittere licet. Nam si

priores poenas non requirimus, haud dubie is, cui bis furti convicto ^{2 3}) et condemnato, hujus delicti venia data erat, qui autem nihilominus tertia vice bona aliena auferre ausus est, tertii furti est noxius. Omnes etiam fere Icti consentiunt, furta ea, quorum poenae furi remissae sint, esse computanda ^{2 4}). Quibuscum usus fori congruit ^{2 5}); quorum autem alii in aliis innuntantur rationibus. Alii enim ad jus Romanum ^{2 6}) provocant, quod eos, qui crimina iteraverint, liberalitate Augusta indignos dicat; loquitur autem constitutio laudata de ea quaestione, an is, qui crimen aliquod denuo admiserit, dignus sit, cui, cum omnium fere criminum venia detur, poena

23) Principem autem non ob deficientem plenam probationem ad veniam dandam adductum esse oportet; nam probata tantum furta annumerari possunt. Cf. supra §. 7.

24) *Angelus Aretinus* l. c. fol. 168. init. *Farinacius* l. c. lib. 1. tit. 3. qu. 23. n. 11. *Matthaeus* l. c. p. 107. *Hientzken s. Wipperman* l. c. p. 37. *Cisius s. Reyher* l. c. p. 12. *Lipstorf* l. c. p. 43. *Böhmer* ad C. C. C. art. 162. §. 3. *Feyga s. Hellfeld* l. c. p. 32. *Quistorp* a. a. O. §. 355. *Tittmann* a. a. O. Th. 1. §. 115. *Martin* a. a. O. §. 156.

25) Cf. *Salchow* a. a. O. §. 34. Anm.

26) l. 3. C. de episc. aud. I, 4.

a Principe remittatur, eamque negat. Alii autem ingratum animum furis, qui bis datam poenae veniam spreverit, causam afficiendi eum tertii furti poena esse putant; omnium enim improbissimum eum esse dicunt, quem ne clementia quidem Principis flectere potuerit, quique beneficio in se collato in peccandi licentia abutatur. Sed ingratus animus, qui quam rarissime a reipublicae legibus puniri potest, hac quoque in re coram iudice momentum facere nequit; imo venia a Principe data eodem modo, quo furtum non patefactum, majorem furandi stimulum addere potest. Jure autem ipsa iteratione, poenas immerito esse remissas, furemque non clementia, sed severitate sola emendandum, probatum habetur. — Attamen jus Electorale Saxonicum, contrariam sequens sententiam, ea, quorum venia reo data esset, furta non annumerasse dicitur^{2 7)}.

§. 17.

G. *Necnon de iis, quorum poenis fuga elapsus erat reus.*

Quamvis in C. C. C. art. 162. quaestio, furtane ea, quorum poenis reus fuga elapsus

27) Cf. Beyer s. Hommel l. c. p. 22.

sit, annumerari debeant, non judicata est: patet tamen, occasionem fugiendi vel calliditatem furis in liberando se a vinculis vel in egrediendo e carcere causam mitigandae poenae praebere non posse; furta enim non solum commissa sunt, sed etiam, si priores poenas necessarias censeas, pro punitis oportet habeantur. Quo factum est, ut pauci tantum profugi furis mentionem facere operae pretium habuerint²⁸⁾; quorum sunt, qui non indistincte furta illa annumeranda esse concedant, sed in quibusdam solis causis. *Lipstorf* enim, qui priores poenas requirit, tum tantum furem, qui poenam fugiendo vitaverit, pro punito haberi vult, si hic in carcerem jam dejectus fuerit; quam sententiam, cum necessitatem, furem punitum jam esse, non agnoscamus, exponere nobis non opus est. *Quistorp* autem furtum id, cujus poenae fuga elapsus sit reus, tum solum, cum de alia furti tertii quam capitis poena agatur, annumerari vult, nec vero hanc adhiberi poenam. Quod autem discrimen non solum

28) *Lipstorf* l. c. p. 44. *Strubens* rechtl. Bedenken Th. 4. Bed. 136. *Quistorp* a. a. O. Anm. *). *Gerstlacher* a. a. O. Th. 11. S. 2830.

maxime arbitrarium esse apparet, sed hodie etiam, cum poenae capitalis a *Carolo V.* statutae jam non mentio fiat, non attinet. — Ceterum de omni furtorum eorum, quorum poenas fur, non interrogatus fortasse, fugit, causa constare opus esse patet; furta enim, nisi probata sint, puniri nequeunt ²⁹).

§. 38.

H. Nil differt, priora furta jam sint praescripta necne.

Utrum necesse sit necne, ut priora furta ante inquisitum tertium nondum praescripta sint, non quaerere possumus, nisi, ut illa punita jam sint, postulemus; alioquin enim omnia omnino, quae patrata, atque adeo ea quoque, post quae commissa viginti anni praeterierint, sunt annumeranda. Accedit, quod consuetudo furandi, quae legis Carolinae de furto tertio ratio agnoscitur, itidem, imo multo magis, probatur, si furtum, viginti annis interjectis, iteratur; ista enim consuetudo tam firmatam atque inveteratam se praebet, ut gravissimis tantum poenis

29) Cf. supra §. 7.

possit exstingui. Non igitur (ut quidam opponunt,) reus furtis per longum tempus intermissis, vitium illud non venisse in consuetudinem ostendit, sed nova occasione, postquam per tot annos neminem laeserit, crimen iterandi se esse inductum; nam, quod occasione oblatae parere potuerit, eum hac tantum adhuc caruisse, vel metu ne deprenderetur bonis alienis abstinuisse, probat. Attamen, etsi nonnulli nostram comprobant hententiam ³⁰), plurimi tamen adversam defendere conantur ³¹); modo innitentes in longo temporis spatio, quo consuetudinem exstingui putant; quod vero, cum fur ad iterandum accedat, inefficax se praebet ³²): modo in natura et vi praescriptionis, qua furta crimina esse desinant; sed illa

30) *Cisius* s. *Reyher* l. c. p. 12. *Bergeri* electa cit. p. 40. *Stübel's* Criminalverfahren in d. deutschen Ger. Bd. 3. S. 212 f. *Tittmann* a. a. O. Th. 1. §. 115. *Martin* a. a. O. §. 156.

31) *Farinacius* l. c. lib. I. tit. 3. qu. 23. n. 12. *Matthaeus* l. c. p. 107. *Lipstorf* l. c. p. 44. *Kress* l. c. p. 585. *Böhmer* ad C. C. C. art. 162. §. 3. *Ejusd.* obs. 9. ad *Carpzov.* part. 2. qu. 78. n. 82. *Feyga* s. *Hellfeld* l. c. p. 32. *Quistorp* a. a. O. §. 355. *Meister* l. c. §. 212. not. b. *Salchow* a. a. O. §. 30.

32) Qua de re supra.

in eo tantum constat, quod fur horum causa non amplius potest puniri; hic vero non agitur de puniendis prioribus furtis, sed de extinguenda furandi consuetudine, quae iterando, quamvis longo spatio intermisso, sese ostendit. Ad quam quidem extinguendam *Böhmer* ^{3 3)} aliud quodcunque spatium haud breve, quo reus furari desiit, etsi vicennium non exaequet, prodesse credit. Sed ubique viginti annorum spatio praescriptionem effici, non solum leges volunt et communes ^{3 4)} et Saxoniae particulares ^{3 5)}, sed etiam usus fori per Germaniam obtinens ^{3 6)}.

§. 19.

I. Quaeritur, an pretium rerum tribus furtis ablatarum magni furti summam explere debeat.

Restat una adhuc quaestio, cui ex eo, quod priores poenae non necessariae sint,

33) Ad C. C. C. art. 162. §. 3.

34) l. 12. C. ad l. Cornel. de falsis 9, 22. l. 3. D. de requir. reis 48, 17.

35) Cf. *Beyer* s. *Hommel* l. c. p. 22.

36) Cf. *Salchow* a. a. O. §. 34. Anm.

non potest responderi; quaeritur enim, an necesse sit, pretium rerum tribus furtis ablatarum magnum furtum efficiat. Quodsi ad verba articuli 162. C. C. C. respexeris, nihil de quaestione hac praescriptum invenies; quare nulla ratio cogere videtur, ut necessitatem illamagnoscamus. Quanquam non paucisunt, qui hanc arbitrariam sententiam, quam multi alii, recte ut videtur, rejiciunt³⁷⁾, comprobent et defendere conentur³⁸⁾; quos sequitur praxis, jam vetustior, per Germaniam obtinens³⁹⁾. Idem etiam juris Electoralis Saxoniae esse dicitur⁴⁰⁾;

37) *Augustinus Ariminensis ad Angeli Aretini de maleficiis tract. fol. 167. (Ven. 1598.) Hientzken s. Wipperman l. c. p. 37. Brunnemanni comm. in ff. part. 2. p. 611. edit. 4. Strykii. Cisiuss. Reyher l. c. p. 7. Strube a. a. O. Th. 2. S. 410 ff. Salchow a. a. O. §. 34. Grolman's Grunds. 3te Aufl. S. 218. Martin a. a. O. §. 156. Feuerbach a. a. O. §. 332.*

38) *Matthaeus l. c. p. 105 inf. Kress l. c. p. 582-84 et 586, edit. 3. Carpzovii practica nova rer. crim. part. 2. qu. 78. n. 80. Böhmer ad C. C. C. art. 162, §. 5. Ejusd. obs. 10. ad Carpzovium l. c. n. 83. Strykii us. mod. ff. lib. 47. tit. 2. §. 5. Feyga s. Hellfeld l. c. p. 35. Quistorp a. a. O. §. 355. Meister l. c. §. 212.*

39) *Cff. Bergeri electa cit. p. 40. Quistorp a. a. O. §. 355.*

40) *Cf. Beyer s. Hommel l. c. p. 20.*

quamvis adversam sententiam non solum jus Electorale Brunsvicense comprobat ^{4 1)}, sed etiam recentiore tempore constitutio Slesvico-Holsatica a. d. 18. Nov. anni 1823. promulgata. Ceterum duas alias interque se diversas sententias ICti proposuerunt, quorum alii medium tenentes, quantitatem quidem furtorum respiciunt, nec vero solum, ubi quinque solidi vel numi aurei sunt ablati, poenam statutam adhiberi volunt, sed ubicunque res alicujus momenti ^{4 2)}; alii autem ^{4 3)} tum denique poenae ordinariae locum dant, cum non tria solum furta in unum collata magni furti summam explent, sed tertium furtum per se solum; quae sententia nonnullis legibus confirmatur ^{4 4)}.

§. 20.

Negantis sententiae rationes.

Quatuor jam diversae sunt sententiae, quarum rationes nobis proponendae unaque excepta refutandae sunt; ea quidem, quae nihil differre censet, utrum magnum furtum an

41) Cf. Strube a. a. O.

42) Cf. Kress l. c. p. 586.

43) Beyer s. Hommel l. c. p. 20.

44) Der Stadt Hamburg Statuta und Gerichtsordn. Th. 4. Art. 33.

parvum adsit. Quodsi aequitatem justumque arbitrium respiciamus, gravissimae rationes, quantitatem rerum furtivarum esse spectandam, poterunt afferri. Quid enim iniquius, quam capitis aliave poena graviore affici eum, qui ter unum assem abstulerit, qui-que flagellationem fortasse meritus sit vel brevis temporis custodiam? Si leges arbitrio iudicis eam rem decernendam committerent, sane aequissimum esset, quantitatem rerum furtivarum respicere in furtis omnibus, et in maximis tantum custodiae multorum annorum poenam aliamve ejusdem severitatis adhibere ^{4 5}). Sed cum in C. C. C. art. 162. nihil prorsus praescriptum sit de differentia magni furti et parvi, neque nobis hanc constituere licet, adhibendusque potius est, nulla quantitatis rerum furtivarum ratione habita, articulus citatus.

Alii vero eam causam, cur magnum furtum exstare postulent, afferunt, quod tum Ordinationes criminales et *Bambergensis*, art. 188. ^{4 6}), et *Brandenburgica*, art. 190,

45) Cf. infra cap. 2. §. 6.

46) Quae, anno 1510 promulgata, mater C. C. C. esse videtur. Cf. *Rosshirt* im neuen Archiv d. Crim. R. Bd. 9.

tum delineatio C. C. C. anno 1521. edita, addunt verba: „der diebstall wäre gross oder klein,” quae C. C. C. silentio praetermittit; ex qua praetermissione, *Carolus V.* discrimen illud approbasse, et magno tantum furto poenam tertii statuuisse, patere existimant ⁴⁷⁾. Sine dubio autem jure credi potest, illa verba non necessaria habuisse Imperatorem, qui eandem ob causam etiam verba Bambergensis: „es möcht auch denselbigen dieb nit entschuldigen, ob er die diebställ nit alle an eynem ort gethan hett,” non recepissee videtur. Quamobrem regulae illi, quae, ubi lex non distinguat, etiam nos distinguere vetat, alter hic locus est. Quam multa enim legibus affingere possemus, si tali modo eas interpretaremur!

Eum deinde furem, qui paucis contentus esset, non tam periculosum esse ajunt nonnulli, quam qui magnas summas auferret; sed non solum argumentum hoc, cum in arbitrio solo innitatur, ullius momenti esse nequit, sed etiam dubitari potest, annon is, cui priores occasiones parvum tantum lucrum obtulerant, opportunis occasionibus sese

47) *Tittmann* a. a. O. Th. 2. §. 429.

exhibentibus, etiam majoris pretii res sit ablaturus.

Sunt etiam, qui sententiam nostrae adversam probare conentur ex C. C. C. art. 161, quo, ut alterum furtum adsit, postulari dicunt, ut duo furta in unum collata magnum furtum efficiant; quanquam ii, qui tertium furtum solum magni summam explere volunt, in eodem articulo innituntur, quo, ut unumquodque furtum magnum sit, requiri putant. Quarum interpretationum utra vera sit ⁴⁸⁾, cum argumentum a secundi furti poena deductum non satisfacere possit, decernere non necesse erit; in nostro enim articulo de poena longe alia agitur, quam Imperator aliis conditionibus annectere potuit. — Gravissima autem, qua innitimur, ratio ea est, quod, cum in art. 162. nihil de differentia magni furti et parvi dictum sit, nec nobis hanc postulare licet. Cui accedit, quod rationes, cur *Carolus* capitis poenam furto tertio statuerit, in consuetudine furandi potius, quam in damno dato, erant positae.

48) Nobis quidem neutrum constitutum videtur in art. 161, quo potius, discrimine facto inter magnum furtum et parvum, utrumque quomodo puniri debeat, praescribitur.

Quid? quod Imperator judici nullum de poena constituenda vel sublevanda arbitrium permittere voluit; verba enim: „nach rath der rechtsverständigen,” vel: „nach ermes- sen des richters,” quae, ubi illud excludere noluit, semper addidit, in nostro articulo non leguntur. Item, ubi discrimen inter furtum magnum et parvum servari voluit, diserte ubique servavit, ut in art. 161.

Prceterea id quoque nostrae sententiae favere videtur, quod in furto violento, cui tertium aequiparatur, magnitudo non respi- citur. — Eorum denique sententia, qui, quamvis tria furta magni summam contine- ant non necesse putant, alicujus tamen mo- menti et pretii res furtivas esse postulant, etsi in aequo innititur, nimis infinita vide- tur certaue eget lege, sine qua omnes quaestiones judicandae arbitrio judicis com- mittuntur.

§. 21.

Definitio furti tertii.

Ut omnia, quae de furti tertii notione attulimus et probare conati sumus, in com- pendium redigamus, summa dictorum haec erit. Necesse est primo, ut furtum manifestum

exstet; deinde, ut sit non continuatum, sed iteratum; tum, ut priora quoque sint plene probata. Nec vero opus est, ut fur jam antea propter idem delictum semel, vel adeo bis, punitus sit, quanquam nihilo magis, ut poenis adhuc vacarit, postulatur; neque, ut tria furta omnia in patria sint commissa. Praeterea triplex furtum ea quoque continere potest, quorum poenae vel a Principe furi remissae vel ab hoc fugiendo vitatae vel jam praescriptae sunt. Nil denique differt, utrum tria furta magni summam expleant necne.— Haec autem brevis furti tertii definitio ex dictis constitui posse videtur:

Est furtum tertium manifestum furtum ejus, qui antea bis furatus esse probatur.

Caput secundum.

De furti tertii poena.

§. 1.

*De furti tertii poena in Romanorum
legibus haud praescripta.*

Nullum de furto tertio puniendo praescriptum in juris civilis corpore invenitur; neque hoc mirandum, cum poena criminalis extra ordinem tantum, eaque posterioribus imperii Romani temporibus, adhiberetur. Duodecim quidem tabularum leges jam eum, qui manifestum furtum commiserit, capitis deminutione maxima punientes, laeso addici jusserunt; non autem eae modo furi nec manifesto privatam solam poenam, eamque dupli, statuerunt, quam Praetor conservavit, sed hujus edictum in manifestum quoque furem privatam actionem, eamque quadrupli, instituere permisit. Quae quidem privatae poenae non abrogatae sunt ab Imperatoribus, qui nullam de furto publice puniendo legem promulgaverunt; attamen illis obsolescentibus, furta extra ordinem publicis poenis mulctari coepta sunt ⁴⁹).

49) l. 1. §. 3. D. de poenis 48, 19. l. 8. C. ex quib. caus. inf. irrog. 2, 12.

Justinianus demum, capitis poenam membrorumque detruncationem reprobans, aliter furem castigari jussit, nisi armis aut vi ad res sibi comparandas usus esset ⁵⁰). — Jamvero quomodo iteratum furtum puniri solitum sit, nusquam commemoratum videmus; sed iterationem criminis causam praebuisse poenam intendendi, in aliis certis delictis (quae, utrum exempla an exceptiones regulae generalis sint, dubitari potest,) invenimus ⁵¹).

§. 2.

De furti tertii puniendi modis ex jure Germanico Ante-Carolino.

Quamvis antiquae Germanorum leges ante *Caroli M.* tempus scriptae nullam iterato furto poenam diserte statuebant, certis tamen furti speciebus gravissimas poenas praescriptas videmus; leges enim et *Bur-*

50) Nov. 134. c. 13. (Auth. Sed novo jure C. de servis fugit. 6, 1.)

51) l. 1. D. de jure patron. 37, 14. l. 28. §. 3. 10. D. de poenis 48, 19. l. 3. §. 9. D. de re milit. 49, 16. l. 3 in f. C. de episc. aud. 1, 4. l. 4. C. de servis fugit. 6. 1. l. 8. §. 1. C. ad l. Jul. de vi 9, 12. l. un. C. de superexact. 10, 20.

gundionum^{5 2)} et *Saxonum*^{5 3)} et *Ripuario-
rum*^{5 4)} furto ei, quod effringendo commis-
sum, capitis poenam pronuntiarunt. *Caro-
lus* vero *M.*, tertii furti diserte mentionem
faciens, in legibus *Longobardorum*^{5 5)}
capitis, sine dubio laquei, poenam tali furi
statuit. (Quae furti poena igitur non, ut
putant nonnulli, a *Friderico* demum Impe-
ratore, qui eam furto magno praescripsit^{5 6)},
introducta, sed longe antiquior est.) Agnita
etiam est a glossatoribus^{5 7)} capitalis illa
furti tertii poena, quae tunc jam temporis
solita fuisse videtur. Hi vero, provocantes
ad jus Romanum^{5 8)}, hujus praescriptum,
quod quidem non de furibus loquitur, sed
de latronibus, nullo sane jure ad levius
delictum furis traxerunt.

52) tit. 29. §. 3.

53) tit. 4. §§. 1-5.

54) tit. 79.

55) Cff. „Leges Longobardorum seu Capitulare
Caroli M. Imp. Per Nicolaum Boherii.”
(Lugd. 1512) fol. 37.

56) Lib. II. Feud. tit. 27. §. 8.

57) Glossa ad Auth. cit.

58) l. 28. §. 15. D. de poenis 48, 19.

§. 3.

De Carolina poena capitali ejusque causis.

Imperator deinde *Carolus V.* in Constitutione sua criminali clarissima quidem, sed sanguine scripta, ei, qui tertium commiserit furtum, capitis poenam statuit, eamque laquei ^{5 9}), si mas, si femina sit, aquae ^{6 0}). Duae autem legis rationes sunt, quas *Carolus* ipse affert; cum enim dicat: „das ist eyn merer verleumbter dieb, und auch eynem vergewaltiger gleich geacht, und soll *darumb*“ etc., tum infamiam hujus furis, tum similitudinem ejus cum fure violento, causas fuisse patet, cur eum, qui tertium furatus sit, capite plecti jusserit Imperator.

Verleumbt, quod verbum de infamia dicitur, non juris solum, sed etiam facti, in nostro articulo eum sine dubio significat, qui, ut *Remus* ait, „furandi habitum acquisivit,” vel qui saepius furto iterando malam famam sibi contraxit. Quo ipso fit, ut talis fur summum malitiae gradum nactus atque inemendabilis censeatur ^{6 1}); ideoque

59) Haec etiam juris Hamburgensis (a. a. O. Th. 4. Art. 33.) est.

60) Art. 162.

61) Cf. supra cap. 1. §. 13.

Carolus nullam aliam quam capitis poenam aptam putasse videtur. Jamvero, cum *Carolus* furem tertio furantem inemendabilem esse credat, putant nonnulli ^{6 2)}, singulum quemque furem, ut furti tertii poena adhiberi possit, a spe emendationis longe remotum esse, constare oportere. Hoc autem *Carolus* postulasse cum ex art. 162. minime appareat, illius sententia in eo posita fuisse videtur, quod omnes tales fures inemendabiles sint, haecque idonea sit causa, cur ei, qui tertium furatus, capitis poena statui debeat. Idem sentiunt *Feuerbach* ^{6 3)} et *Salchow* ^{6 4)}. Recte etiam *Matthaeus* ^{6 5)} dubitat, num quis unquam, eum esse inemendabilem, qui ter furatus, persuaderi possit. Singulae igitur causae non sunt respiciendae, sed quicumque tertium committit furtum, inemendabilis habetur, si quidem omnia, quae attulimus, adsunt; quorum si quid deficit, furti tertii poena ordinaria adhiberi nequit, etiamsi fur se

62) *Matthaeus* l. c. p. 891 sq. *Kleinschrodt's Abhandlungen* Bd. 2. Betrachtung 7. §. 3.

63) a. a. O. §. 332. Anm. e.

64) a. a. O. §. 34. a. E.

65) l. c. p. 104 sq.

esse inemendabilem neque a furando unquam abstinere posse ipse professus sit; cujus rei *Kress* ⁶⁶⁾ exemplum affert alicujus feminae, quae tum maxime, cum virgarum poenam sufferret, carnifici calceos abstulit. Item conjectura illa, eum, qui ter furatus, esse inemendabilem, neque tum exstingui potest, cum fur in melius mutari videtur; clara enim verae emendationis argumenta afferre non temere [quanquam putat *Kleinschrodt* ⁶⁷⁾] poterit; quisnam, vera sit emendatio an simulata, discernere audebit?

Alia, qua innititur *Carolus*, ea est ratio, quod is, qui ter furatus, violento furi („*eynem vergewaltiger*“) similis sit. Hic autem idem est ac periculosus, i. e. qui vel armis utens, vel effringens, vel adscendens, bona aliena aufert, quem recte *Gobler* „vim violentiamque inferentem“ vocat ⁶⁸⁾. Nam, etsi verbum illud latronem quoque significabat ⁶⁹⁾, haec certe non sola erat ejus vis,

66) l. c. p. 587 sq.

67) a. a. O. S. 126.

68) *Böhmer* ab C. C. C. art. 162. §. 2. *Feuerbach* in der Bibliothek f. peinl. Rechtswiss. Bd. 2. St. 1. S. 142. f.

69) Cf. *Walchii* glossar. German. p. 492.

nulloque jure a Remo is, qui ter furatus, latro appellatur. *Vergewaltiger* enim fur etiam periculosus, ut hic, vocabatur; id quod ex art. quoque 159, ubi *Carolus* in furto violento verbo *Vergewaltigung* utitur, patet. Jamvero Imperator alterum perinde ac alterum periculosum habet; alter enim modo et ratione delinquendi, alter iteratione criminis perniciosam ostendit malitiam. — Sed furem violentum non semper capite plecti jussit *Carolus*; quaeritur igitur, vitaene poena ubique possit adhiberi. Hoc ex C. C. C. annuendum videtur ⁷⁰⁾, cujus haec non sola poenae capitalis ratio est, sed alia exstat, posita in opinione, furem inemendabilem esse; accedit, quod comparationis illius in promulgata C. C. C. conservatio ex hujus delineatione anni 1521 in negligentia quadam constat; haec enim cum indistincte furi violento capitis poenam statuisset, apta fuerat cum fure tertio comparatio, quae, cum poenam istam in illo non ubique adhiberi vellet Imperator, inepta fiebat.

70) Negat tamen *Kleinschrodt*, a. a. O. S. 126 f.

De recentioribus furti tertii puniendi modis.

ICTi cum jam diu capitalem poenam Carolinam ei statutam malefico, qui non vitam, sed bona tantum aliorum laeserit, nimis iniquam esse atque severam, intellexissent, nec vero diserte praescriptam negligere possent, non paucas poenae sublevandae causas, quarum pleraeque nullo idoneo argumento, sed solo arbitrio innitebantur, excogitarunt. Attamen nonnulli erant ICTi, qui causas poenae sublevandae defendere conarentur, in easque remissionem poenae a laeso factam, occasionem opportune oblatam; et praecipue restitutionem rei furtivae referrent; quos fori usus secutus est ⁷¹⁾). Alii restitutionem tum solum talem causam agnoscunt, cum ultro fit et ante quaestionem inceptam; quia fur ea re, emendatum animum quodammodo esse, ostendat ⁷²⁾); qui tamen, an verus sit, dubitari plerumque poterit. Alii denique hanc sublevandae poenae causam omnino reprobant ⁷³⁾); ut videtur recte; tum enim

71) Cff. *Bergeri* electa cit. p. 40. *Böhmer* ad C. C. C. art. 162. §. 6. *Quistorp* a. a. O. §. 383. *Tittmann* a. a. O. Th. 2. §. 431. Anm. u.

72) *Kress* l. c. p. 585. *Böhmeri* obs. 10. ad *Carpzov.* part. 2. qu. 78. n. 83.

73) *Cisius* s. *Reyher* l. c. p. 13 sqq. *Leyseri* meditt. ad ff. tom. 8. p. 78 sq. edit. 3. *Pufendorfi* obs. juris univ. tom. 2. obs. 137. §. 2. edit. alterius *Feyga* s. *Hellfeld* l. c. p. 41. *Meister* l. c. §. 212. not. e. *Henke's Handb. d. Crim. R.* B. 2. S. 447 f.

C.C.C., ut jam diximus, non tam damnum datum respicit, quam consuetudinem furandi furisque insanabilem pravitatem, tum indistincte poenam capitis nulla aequitatis ratione mitigandam statuit. Accedit, quod neque ex Romano jure restitutio rei furtivae furi prodest; competit potius semper condictio furtiva praeter poenam, etiam in heredes ⁷⁴).

Sed omnes hi modi Carolinae legi a fori usu constituti mox quibusdam Ictis non satisfecerunt, qui, omnino capitis poenam in furto reprobantes ⁷⁵), arbitrarias easque ex parte mitissimas poenas proponebant ⁷⁶); quas, dum Carolina poena, quae proxime superiore saeculo ineunte in usu adhuc erat ⁷⁷), obsolescere coeperat ⁷⁸), sensim judicia Germanorum agnoscebant. Mirandum igitur, quod abhinc fere saeculum a *Friderico I.*, Rege Prussiae, severissima contra fures constitutio promulgata est, quae non solum quemlibet furem, sive primum furtum esset, sive

74) l. 56. §. 3. D. de furtis 47, 2. l. 9. D. de condict. furt. 13, 1.

75) Jam saeculo 17. Cf. *Cisius* s. *Reyher* l. c. p. 7. (Kil. 1707.)

76) Veluti: *Böhmer* ad C. C. C. art. 162. §. 1. Crimin. Beiträge von *Hudtwalcker* und *Trummer*. Bd. I. S. 458. 77) *Cisius* s. *Reyher* l. c.

78) Aquae poena jam prius quam laquei; cf. *Kress* l. c. p. 586; cujus loco poena gladii seu securis feminis adhibebatur. Cf. *Grolman's* Grunds. S. 217.

iteratum, sive magnum, sive parvum, capite plecti jussit, sed receptatores etiam furum vel rerum furtivarum, et quicumque conscius furtum non deferret ⁷⁹⁾).

ICTi autem, qui poenam Carolinam sublevare studebant, ut fundamentum, in quo inniti possent, haberent, ad jus Romanum ⁸⁰⁾, quod judicem »in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi» jusserit, provocarunt. Et revera in nostro articulo explicando nihil aequius est, quam praescripta C. C. C. mitigari; cum res aliquae amissae nullo modo vitae hominis possint comparari, atque etiamsi is, qui ter furatus, inemendabilis sit, in perpetuum potius ad ergastulum dari possit quam capite plecti. Hodie igitur, nisi recentiorum temporum Principes certas furto tertio poenas statuerunt, plerumque vel spatium extenditur custodiae primo furto et secundo statutae, vel horum poena gravior redditur ad palum deligando aliave id genus poena adjungenda ⁸¹⁾. Nec vero semper tertii furti poena major quam priorum est; interdum enim judices, illud pro ejus ipsius amplitudine punientes, ordinariam tanti furti poenam propter iterationem intendunt ⁸²⁾.

79) Cff. *Stryk* l. c. lib. 47. tit. 2. §. 10. *Cisius* s. *Reyher* l. c. p. 6 sq.

80) l. 11. pr. D. de poenis 48, 19.

81) Cf. *Tittmann* a. a. O. Th. 2. §. 430.

82) Cf. *Wächter* a. a. O. Th. 2. S. 317.

§. 5.
*Leges quaedam Germanorum recentissimi
 temporis de furto tertio.*

Quamvis magna sit diversitas inter legitimos recentissimi temporis modos furti tertii puniendi, nusquam tamen poenam capitis Carolinam conservatam videmus a nostri saeculi et ultimorum superioris annorum legibus, quarum aliae certam furto tertio poenam indistincte statuerunt, aliae maximam quandam et minimam. — *Prussi* primo juris ⁸³⁾ maxima furti tertii simplicis poena ergastuli custodia quadriennis est, quae quidem, si fur eam passus iterum furtum committit, perpetua fit ⁸⁴⁾. Deinde jus *Badense* ⁸⁵⁾ biennio ergastuli custodiae furtum bis iteratum mulctat. Tum juris *Austriaci* ⁸⁶⁾ furti tertii simplicis ejusque parvi poena custodia severa est spatii semestris vel unius anni; quae autem, si majus est furtum, usque ad quinquennium augeri potest, imo, si fur consuetus, ad decennium ⁸⁷⁾. Porro jus *Bavaricum* ⁸⁸⁾, quod mox secutum est *Olden-*

83) Preuss. Landrecht (v. 1791), Th. 2. Tit. 20. §. 1159. cf. §. 1125. 84) a. a. O. §. 1161 f.

85) Cf. Das Grossherz. Badische Strafedict (v. 1803), herausgeg. von *Rhenanus*. S. 109 f.

86) Oesterreich. Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertret. Th. I. §. 156.

87) a. a. O. §. 158.

88) Baierisches Strafgesetzbuch, Art. 225; vergl. mit Art. 112-114.

burgense ⁸⁹⁾, varias furto tertio poenas statuit, ratione habita, utrum fur jam furti poenam sustulerit necne, furtumque utrum magnum sit an parvum; quodsi quis furtum simplex ter commisit bisque ob tale punitus est, ad opus publicum in triennium damnatur. Jus denique *Slesvico-Holsaticum* ⁹⁰⁾ severissimum recentiorum temporum praescriptum in tertium furatos exhibet; in perpetuum enim eos ad ergastulum dari jubet: quae acerbitas in magna frequentia furtorum ultimo ante legem hanc promulgatam tempore commissorum causam habere videtur.

§. 6.

De ea, quae aequissima videtur, furti tertii poena.

Omnes fere leges, quae primo furto poenam statuunt, hujus qualitatis praecipueque quantitatis habent rationem; id quod jam Romano jure, cujus poena privata modo in duplo constabat, modo in quadruplo pretii rei furtivae, erat sancitum. Et sane nihil aequius videtur: sed quidni in tertio furto puniendo eodem ubique modo potest distingui? Siquidem ad magnitudinem poenae constituendam systema, quod vocant talionis, quod suum cuique tribuat, neque nimium, neque parum, aptissimum atque adeo justissimum videtur: optima quaeque haud dubie lex erit, quae non pretium solum rerum furtivarum in quocunque furto spectarit, sed etiam eandem ob causam

89) Oldenburg. Strafgesetzbuch, Art. 230.

90) Königl. dänische Verordn. für Schleswig und Holstein vom 18ten Nov. 1823.

omnia momenta, ut furis tenuem rem familiarem, malam educationem⁹¹⁾, pueritiam, imbecillitatem animi, diuturnam custodiam non meritam, inhumanitatem, qua fur in carcere tractatus sit, et nonnulla forte alia, observaverit. Jamvero sunt recentioris quoque temporis leges, quae, sicut C. C. C., indistincte ei, qui ter furatus, certam quandam poenam statuunt, quanquam, ut mea fert sententia, nullo jure. Justius eae cum tali fure agere videntur, quae, ut in primo, ita in tertio quoque furto, pretium rerum furtivarum respicientes, nullam certam poenam cavent; sive maximam quandam et minimam statuunt, sive poenam tanti furti ordinariam propter iterationem intensam adhiberi jubeant. Justissima igitur videtur ea de furto tertio puniendo lex, quae certo cuique rerum furtivarum pretio certam constituit poenam, crescentem cum illo seque minuentem, quam vero judici ob causas, quas adesse constare oportet, easque gravissimas sublevare liceat. Cui tamen mitigandi licentiae certas fines constitui necesse erit, ideoque minimam quandam poenam, ad quam judex descendere possit, decerni.

Hanc sententiam meam, — quae quidem tum denique, cum non certa poena diserte recentiore tempore praescripta fuerit, adhiberi poterit, — salvo melioribus, quas praevertere nolim, volui proponere.

91) Quae sine dubio non causam intendendae poenae praebet, ut *Feuerbach* l. c. §. 123. putat, sed sublevandae, quia bonis moribus haud erudito sane non tanto vitio dari potest, si leges violat, quam ei, cujus virtutis semen a teneris unguiculis cultum ad bonam semper viam adducebatur.

Schuback, Franz Arnold

Diss. inaug. de furto tertio

Kilia 1828

Diss. 837,17

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10842753-5